



**HAL**  
open science

## La nouvelle Afrique du Sud : démocratie constitutionnelle et citoyenneté pour tous.

Antoine J. Bullier

### ► To cite this version:

Antoine J. Bullier. La nouvelle Afrique du Sud : démocratie constitutionnelle et citoyenneté pour tous.. Alizés : Revue angliciste de La Réunion, 1994, The Quest for Identity in a Multicultural Society : South Africa, International Seminar, 09, pp.59-64. hal-02350287

**HAL Id: hal-02350287**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02350287>**

Submitted on 6 Nov 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# *La nouvelle Afrique du Sud : démocratie constitutionnelle et citoyenneté pour tous.*

*Pr Antoine J. Bullier  
Université de Paris I <sup>1</sup>*

Lorsque Claude Féral m'a téléphoné au sujet de ma communication, elle en changea le titre en me proposant le suivant : la citoyenneté pour tous. Cela m'a d'abord surpris mais en y réfléchissant, j'ai trouvé qu'elle avait raison. Car cette nouvelle citoyenneté sud-africaine est au coeur du nouveau texte fondamental.

La nouvelle constitution sud-africaine est entrée en vigueur le 27 avril 1994, jour des élections législatives générales instituant le suffrage universel et la représentation proportionnelle intégrale. Le texte fondamental a été voté par le parlement sud-africain le 22 décembre 1993. C'est un changement radical avec l'ancien régime. L'Afrique du Sud est fondamentalement un ancien *Dominion*, c'est-à-dire un Etat créé selon les normes constitutionnelles et le droit public britanniques. Depuis la fondation de l'Union sud-africaine, cet Etat a eu quatre constitutions : celle de 1910 qui reprenait les us et coutumes du parlementarisme d'outre-Manche avec souveraineté du parlement, indépendance totale de la magistrature, premier ministre chef de l'exécutif et gouverneur général représentant la Couronne ; puis celle de 1961, remplaçant le gouverneur général par un président de l'Etat aux fonctions honorifiques, comme le souverain britannique. La constitution

---

<sup>1</sup> Université de Paris I, 17 rue de la Sorbonne, 75231 Paris CEDEX 05 (France).

de 1983 institue un parlement tricaméral pour les Blancs, les Métis et les Indiens et un président chef de l'exécutif. La théorie de la souveraineté du parlement a permis au parti nationaliste au gouvernement pendant quarante six ans d'exercer un pouvoir sans partage. L'*apartheid* fut en effet un appareil législatif attentatoire aux droits de l'homme et reconnu en 1973 comme crime contre l'humanité par l'O.N.U.. Cette politique du racisme institutionnalisé mit l'Afrique du Sud au ban des nations, phénomène unique pour un ancien *Dominion* qui avait hérité d'un système de droit respecté et prestigieux (romano-néerlandais). La politique d'*apartheid* fut mise en vigueur grâce à la souveraineté du parlement qui n'avait aucune limitation, puisque toute loi votée par le législateur devait être appliquée par le juge. La souveraineté du législateur interdisait aux magistrats de remettre en cause la validité d'un *Act*, ce qui permit au parlement de voter un ensemble de lois sans que celles-ci puissent être le moins du monde remises en cause. Le parti nationaliste utilisa le système parlementaire d'outre-Manche pour mettre en place sa politique antidémocratique. L'Afrique du Sud ne connaissait pas le contrepoids de la souveraineté du parlement qu'est la *Rule of Law*, ce principe de légalité si difficile à traduire mais qui correspond plus ou moins à nos principes généraux du droit et qui forme un ensemble de règles que le législateur souverain (de *Westminster*) se doit de respecter en s'auto-limitant.

La nouvelle constitution intérimaire est le fruit d'une négociation qui a duré plus de deux ans. Les rédacteurs du nouveau texte fondamental ont voulu à tout prix empêcher que la situation antérieure puisse se reproduire et ont désiré que la nouvelle répartition des pouvoirs soit équilibrée et empêche toute dictature parlementaire. Désormais c'est la constitution qui est souveraine et plus le législateur. Ceci est nouveau pour l'Afrique du Sud actuelle mais il ne faudrait pas oublier que les républiques boers du XIXème siècle connaissaient déjà le contrôle de constitutionnalité qu'elles avaient utilisé dans des arrêts célèbres : *Cassim and Solomon vs The State* (1891) pour l'Etat libre et *Brown vs Leyds* (1895) pour le Transvaal (République sud-africaine). Les juges de ces deux républiques *afrikaaner* prirent sur eux le principe de contrôle de constitutionnalité à tel point que le juge en chef du Transvaal, Kotze, fut destitué par Paul Kruger. Ces développements n'eurent malheureusement aucune suite et ne s'intégrèrent pas à la tradition judiciaire sud-africaine.

Le texte de la nouvelle constitution est tout à fait extraordinaire ! Il comprend quinze chapitres et sept annexes, le tout en cent soixante-quatre pages. Ce document transforme radicalement le paysage politique et constitutionnel de l'Afrique du Sud. Les

principes de l'*apartheid* sont systématiquement répudiés et le suffrage universel est au coeur du nouveau système politique. Le texte comprend un préambule rejetant explicitement l'*apartheid* mais aussi un *Bill of Rights* et un ensemble de principes qui devront être respectés dans la future constitution définitive. Cette déclaration des droits doit permettre la protection de l'individu, du nouveau citoyen qui se trouve créancier de droits contre l'Etat. Grâce à cette nouvelle approche, le citoyen peut bénéficier de droits qu'il ne possédait pas. Le droit le plus important — et d'ailleurs le premier énuméré — est celui à la citoyenneté sud-africaine pour tous.

### Les principes

La nouvelle constitution contient de nombreux postulats qui fondent une société démocratique et antiraciste.

Au début du préambule, à la deuxième ligne, le nouveau texte reprend la célèbre formule de la constitution américaine : "*We the people*" (*of South Africa*). C'est le peuple sud-africain réuni, transcendant religion et race, qui se donne une constitution. Le préambule affirme le besoin de créer un nouvel ordre sud-africain dans lequel tous les Sud-Africains ont droit à une citoyenneté commune au sein d'un Etat souverain et démocratique respectueux de l'égalité entre les hommes et les femmes de toutes origines.

Les droits fondamentaux énumérés au chapitre 3 s'imposent à tous les organes de l'Etat, non seulement l'exécutif, le législatif, mais aussi le judiciaire et l'administration. Le texte précise que toute personne pourra saisir la juridiction compétente afin de faire respecter un de ces droits si elle considère qu'il a été violé. C'est le contrôle de constitutionnalité — *judicial review* — qui est ainsi institué. Reprenant la terminologie célèbre du 14ème amendement de la constitution américaine, l'article 8 du chapitre 3 rappelle que toute personne a droit à l'égalité devant la loi et à la protection égale des lois : "*equal protection of the law*." La discrimination est condamnée ; afin de remédier aux discriminations passées, l'alinéa 3-*a* indique que l'action positive — *affirmative action* — pourra être envisagée afin que ceux, individus ou groupes qui ont subi une discrimination, en soient protégés à l'avenir. De même l'alinéa *b* du même article prévoit que toute personne dépossédée d'une terre depuis le 19 juin 1913 par une loi contraire aux principes de la nouvelle constitution peut en réclamer restitution en justice : il y a donc rétroactivité. L'article 8 précise de son côté que le commencement de preuve de discrimination vaut discrimination sauf preuve contraire : il y a donc présomption.

Les droits de première génération, à la vie comme à la dignité humaine, font l'objet d'articles ; chaque personne a droit à la liberté et à la sécurité, ce qui inclut le droit de ne pas être détenu sans jugement, pratique devenue courante pendant les années soixante-soixante-dix. La torture est évidemment condamnée, ainsi que les traitements cruels, inhumains et dégradants, ce qui rappelle le 8ème amendement de la constitution américaine. Le *Bill of Rights* (chapitre 3 : *Fundamental Rights*) mentionne tous les droits de "première génération," que ce soit ceux liés à la justice administrative ou ceux liés à la protection de l'accusé ou du détenu. La détention doit se dérouler dans des conditions de dignité, avec nourriture, lectures et traitement médical adéquats. Le détenu peut communiquer avec son conseil. La procédure d'*habeas corpus* est rétablie (art. 25-*e*) puisque toute détention peut être mise en cause devant une juridiction avec libération immédiate s'il y a illégalité. Après quarante-huit heures, le détenu doit être présenté devant un tribunal afin qu'il soit informé des raisons de sa détention dans une langue qu'il comprend. La protection contre l'auto-incrimination est garantie. Tous les principes de protection de la défense définis par la procédure pénale britannique sont repris dans le *Bill*. Tout détenu a droit à un procès public équitable dans des délais raisonnables. La présomption d'innocence, le droit au silence (de ne pas témoigner à son propre procès), la non-rétroactivité des lois pénales, le double degré de juridiction sont érigés en principes comme l'autorité de chose jugée. Leur non-respect entâche la procédure d'invalidité. Seul le droit au jury n'est pas prévu. Des droits de deuxième génération (socio-économiques) sont également mentionnés : il s'agit de droits économiques et du droit au travail. Le droit de grève est reconnu, comme celui de créer des syndicats ainsi que le droit de propriété. Les droits de troisième génération (paix, sécurité, identité, environnement) se trouvent aussi dans le texte fondamental.

### Les pratiques

La cour constitutionnelle est l'une des composantes juridictionnelles les plus importantes que prévoit le texte. Elle garantit que la constitution de transition ainsi que toutes celles à venir seront conformes à certains principes immuables. Elle contrôle aussi la constitutionnalité des lois selon le modèle américain. La nouvelle juridiction siègera à Johannesburg et non à Bloemfontein où se trouve la division d'appel de la Cour Suprême. Elle comprend un président et dix juges nommés par le président de la république après consultation de diverses instances. Quatre d'entre eux doivent être juges de la Cour Su-

prême. Les six autres doivent être choisis parmi les avocats ayant plus de dix années de pratique, les enseignants en droit à l'université et les personnalités particulièrement qualifiées en droit constitutionnel. La mise en place de cette institution a soulevé beaucoup de critiques. Le président de la cour est Arthur Chaskalson. Les quatre juges à la cour suprême sont : Laurence Ackerman, Richard Goldstone, Tholakele Madala et Ismail Mahomed. Les six autres membres sont : John Didcott, membre de la cour suprême du Natal, Johann Kriegler, juge de la cour d'appel, Albie Sachs, professeur à l'université du Cap Occidental, Pius Langa, avocat à Durban, Yvonne Mokgoro du *Human Sciences Research Council* et Catherine O' Regan, professeur à l'université du Cap. Le rôle de la haute juridiction est d'interpréter la constitution et d'invalider les lois qu'elle considère en violation de celle-ci. La haute cour peut aussi empêcher une action du gouvernement qui serait contraire à la constitution. C'est elle qui est le gardien du texte fondamental. C'est ce nouvel organe qui constitue une véritable révolution juridique.

Le compromis, le consensus et le contrôle sont trois éléments qui reviennent à chaque fois dans ce texte. Non seulement il impose une démocratie constitutionnelle fondée sur un ensemble de droits intangibles, mais ces principes et droits doivent être repris dans toute constitution à venir. Le *Bill*, les principes constitutionnels prévus à l'annexe 4 et la cour constitutionnelle doivent créer un équilibre afin que la constitution soit respectée. Comme aux Etats-Unis ce seront les juges qui auront le dernier mot. N'y a-t-il pas là un risque de paralysie de l'action gouvernementale mais aussi une inflation de recours judiciaires auprès de la cour constitutionnelle, ce qui créerait une véritable obsession du contentieux comme aux Etats-Unis ? Les risques sont grands, car les aspects de la constitution que nous avons présentés seront bientôt mis à l'épreuve par l'interprétation qu'en donnera la cour constitutionnelle. Le très long texte fondamental sert en effet de référence juridique à tout projet de loi, qu'il s'agisse de santé, de redistribution des terres ou de procédure pénale. Chaque loi votée par le parlement sera soumise à l'avis de la cour constitutionnelle. Tout le monde trouve son compte dans cette constitution qui doit façonner la nouvelle Afrique du Sud. Ce texte inspiré des conventions constitutionnelles britanniques, de la constitution américaine, de la république fédérale d'Allemagne et de la Convention Européenne des droits de l'homme embrasse d'assez nombreuses contradictions pour que des failles ne surgissent pas un jour. Ce sera le rôle de la cour constitutionnelle de préserver l'équilibre actuel afin que ce document hors de l'ordinaire puisse concrétiser une démocratie reposant sur l'état de droit et non plus sur le rapport de force. L'Afrique du Sud, qui fut longtemps l'exemple exécré du continent, deviendrait le modèle exemplaire.

Espérons que Arthur Chaskalson, président de la cour constitutionnelle, saura, comme sut le faire Earl Warren il y a quarante ans à la cour suprême des Etats-Unis, donner une impulsion réformatrice et activiste en interprétant le texte fondamental. La tâche des onze juges de la cour constitutionnelle est encore plus difficile que celle des neuf sages de la cour américaine car les onze ont tout à construire alors que les neuf avaient derrière eux une grande et prestigieuse tradition juridique libérale.

De la dictature parlementaire, l'Afrique du Sud sera passée à la démocratie constitutionnelle. Il n'est pas sans signification de voir que les premiers mots de la constitution commencent par : "*We the people of South Africa*" et finissent par la liste des lois abrogées qui au contraire divisaient le peuple d'Afrique du Sud désormais uni.

Bien sûr, ce que j'ai analysé n'est qu'un texte ! Ce qu'il faut, c'est que cette nouvelle charte devienne une tradition, une pratique, un ensemble de normes qui seront respectées, mises en vigueur et vécues non seulement par les cours de justice mais aussi et avant tout par tous les citoyens. Qui aurait cru il y a seulement dix ans que l'Afrique du Sud deviendrait le phare du continent noir !

## Conclusion

Mes amis et collègues de l'Université de la Réunion m'ont invité pour faire une comparaison entre Afrique du Sud et Réunion, et pourtant je n'ai pas parlé du département. Je dirai pour conclure qu'il y a quarante-huit ans, la Réunion s'intégrait à la République comme département français avec tous les effets que cela entraînait. L'Afrique du Sud, deux ans après, s'enfonçait dans l'*apartheid*; aujourd'hui elle décide elle aussi le pari de l'intégration. C'est pourquoi nos amis de l'Université de la Réunion ont eu raison de faire ce rapprochement entre deux entités qui, avec leur traditions juridiques différentes, essaient d'arriver chacune à sa façon à un idéal commun.

